



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het provisieverbod van artikel 12 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2006). Het provisieverbod van artikel 12 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels. *Jbn: Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2006(6 / 33), 11-13. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3193475>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3193475>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het provisieverbod van artikel 12, lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels

Publicatie: Juridische Berichten voor het Notariaat
Aflevering: 2006/6
Vindplaats: 2006/33
Publicatiedatum: 01 juni 2006
Auteurs: P.C. van Es

Samenvatting

Naar aanleiding van het arrest van het Hof Den Haag van 19 januari 2006 (Intermediaris) wordt ingegaan op de reikwijdte en de strekking van het provisieverbod van artikel 12, lid 2 VBG.

Tekst

1. Inleiding

Als gevolg van de invoering van de vrije tarieven in het notariaat heeft de beroepsgroep in de afgelopen jaren kennis kunnen maken met het fenomeen 'marktinitiatieven'. Op creatieve en onorthodoxe wijze worden contacten tussen notaris en cliënt tot stand gebracht. Bij de toetsing van de vraag of dergelijke marktinitiatieven geoorloofd zijn op grond van de Wet op het Notarisambt (WNA) en de Verordening beroeps- en gedragsregels (VBG), speelt veelal het provisieverbod van artikel 12, lid 2 VBG een rol. Van groot belang in dit verband is de vraag wat de reikwijdte is van de bepaling. Het Hof Den Haag heeft onlangs (in kort geding) deze reikwijdte beperkt opgevat. Zolang er geen sprake is van *rechtstreekse* betaling van provisie (door de notaris aan de tussenpersoon) lijkt er in de ogen van het hof niet snel sprake te zijn van overtreding van artikel 12, lid 2 VBG. Deze uitspraak in de Intermediaris-zaak zal hieronder worden besproken tegen de achtergrond van eerdere (tucht)rechtspraak waarin een ruimere toepassing van het provisieverbod wordt voorgestaan. Vervolgens wordt stilgestaan bij de strekking die het (ruime) provisieverbod volgens de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) heeft. Welke doelen dient het en welke gevaren bedreigen het notariaat wanneer het wordt beperkt of afgeschaft? In dit verband is een rapport uit maart van dit jaar van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Nma) van belang waarin aandacht wordt besteed aan de visie van de KNB op dit punt ('Inventarisatie vrije beroepen: notariaat'). Tot slot wordt stilgestaan bij de omstandigheid dat in het onderhavige geval de civiele rechter diepgaand is ingegaan op de vraag of een bepaalde gedraging valt onder een bepaalde norm uit de Verordening beroeps- en gedragsregels. Het is denkbaar dat de hoogste tuchtrechter (Hof Amsterdam) te zijner tijd tot een andere interpretatie van de betreffende gedragsnorm komt. De vraag rijst dan hoe deze twee uitspraken zich tot elkaar verhouden, en - in het verlengde hiervan - of het Hof Den Haag zich niet had moeten beperken tot een marginale toetsing.

2. De Intermediaris-zaak

Intermediaris functioneert als intermediair tussen een netwerk van notarissen en financiële dienstverleners zoals hypotheekverzorgende organisaties, banken en verzekeraars. De cliënt betaalt € 78 aan Intermediaris, welk bedrag in de notariële nota van afrekening wordt opgenomen. Daar staat tegenover dat de notaris de transport- en/of hypotheekakte tegen een betrekkelijk laag - met Intermediaris afgesproken - tarief verlijdt. Van de ontvangen € 78 houdt Intermediaris € 26 zelf. Het resterende bedrag wordt verdeeld tussen de verstrekker van de hypothecaire lening en eventuele tussenpersonen. De KNB ziet in dit marktinitiatief een verboden indirecte provisiebetaling, vergelijkbaar met een in deze zelfde periode door de Kamer van Toezicht te Den Haag berecht geval inzake 'Notaris Service Nederland' (zie *Notariaat Magazine* 2004, nr. 10, p. 25). Notaris Service Nederland (NSN) bracht cliënten een totaalbedrag in rekening waarvan 80% voor de instrumenterende notaris was bestemd en 20% voor NSN. De tuchtrechter beschouwde deze 20% als indirecte provisiebetaling van de notaris aan NSN. Tegen deze beslissing is geen hoger beroep ingesteld en NSN heeft zijn werkzaamheden gestaakt. Bij brief van 8 juli 2004 waarschuwt de KNB haar notarisleden dat deelname aan het marktinitiatief van (onder andere) Intermediaris een overtreding inhoudt van

het provisieverbod van artikel 12, lid 2 VBG. Intermediaris eist in kort geding rectificatie van deze brief en vergoeding van schade wegens derving van omzet. De voorzieningenrechter overweegt dat het marktinitiatief van Intermediaris in strijd is met artikel 12, lid 2 VBG en wijst de vordering af. In hoger beroep stelt het Hof Den Haag om te beginnen vast dat van een rechtstreekse vergoeding van de notaris aan Intermediaris geen sprake is. In rov. 10 stelt het hof vervolgens vast dat ook geen sprake is van *“een (schijn)constructie...waarachter een provisie van de notaris aan Intermediaris schuilgaat”*. Hiertoe worden twee argumenten aangevoerd. Ten eerste acht het hof het genoegzaam aannemelijk gemaakt dat tegenover het bedrag dat Intermediaris ontvangt *“een op geld waardeerbare dienst”* staat. Het gaat hierbij om *“het aanleveren aan de notaris van een geordend dossier (kopieën van de hypotheekofferte, van het legitimatiebewijs van de cliënt en van het eigendomsbewijs alsmede overzichten van eventueel in te lossen hypothecaire en consumptieve kredieten)”*. Van groot belang is echter dat de het hof in rov. 11 ook nog een ander argument bezigt:

“Overigens rijst de vraag of de vergoeding van de cliënt aan Intermediaris, ook afgezien van het door Intermediaris geleverde voorbereidende werk, niet kan worden beschouwd als een tegenprestatie voor de door Intermediaris verleende dienst, bestaande uit het met de deelnemende notarissen overeenkomen van een betrekkelijk laag tarief ten gunste van de cliënt. In dit verband is van belang dat het beginsel van marktwerking thans ook geldt voor het Nederlandse notariaat en dat notaristarieven onderwerp van onderhandeling kunnen (en behoren te) zijn”.

In het bijzonder dit laatste argument van het hof doet de vraag rijzen of niet alle marktinitiatieven waarbij niet de notaris maar de cliënt een bedrag aan de tussenpersoon betaalt, geoorloofd zijn. De betaling van de cliënt aan de tussenpersoon is - in de ogen van het hof - geen indirecte provisiebetaling maar de vergoeding voor een reële dienst, te weten het bedingen van een zo scherp mogelijke prijs bij de notaris.

3. De strekking van het (ruime) provisieverbod

Blijkens de toelichting van de KNB bij artikel 12, lid 2 VBG dient deze bepaling om te voorkomen dat de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de notaris in gevaar wordt gebracht. In het hierboven vermelde rapport van de Nma wordt deze gedachte op p. 29 als volgt verwoord:

“De tussenpersoon zou de notaris niet aanbevelen vanwege zijn kwaliteit maar omdat deze om zaken verlegen zou zitten en er geld voor over heeft om zaken te krijgen. De notaris zou hierdoor worden geremd in zijn onafhankelijke opstelling ten opzichte van de cliënt doordat hij geld heeft gestoken in het verkrijgen van een opdracht van die cliënt.”

Zolang er - zoals in het onderhavige geval - geen sprake is van directe provisiebetaling speelt dit probleem niet. De notaris heeft in dat geval geen geld in de cliënt gestoken en hoeft zich dus niet (financieel) geremd te voelen om bijvoorbeeld zijn diensten te weigeren als daartoe aanleiding mocht zijn.

Een tweede bezwaar dat tegen provisiebetaling zou kunnen worden aangevoerd, is dat het de tariefstructuur ondoorzichtig maakt. Dit bezwaar kan ondervangen worden door te eisen dat transparantie bestaat inzake eventuele provisies (vergelijk Nma-rapport p. 30). In ieder geval speelde dit probleem niet in de Intermediaris-zaak.

In de derde plaats zou men kunnen vrezen voor de kwaliteit van de notariële akte wanneer deze tegen een van tevoren vastgestelde - relatief lage - prijs wordt verleden. Deze vrees lijkt mij praktisch gezien niet geheel ongegrond, maar daar staat tegenover dat de WNA en de overige regels uit de VBG de kwaliteit van de notariële akte voldoende waarborgen. In de onderhandelingen met een tussenpersoon over het tarief zal de notaris rekening moeten houden met de omstandigheid dat de ene akte - wegens eventueel opkomende complicaties - meer tijd vergt dan de andere. Dit hoeft aan de vaststelling van een vast, gemiddeld, tarief niet in de weg te staan. Van groot belang is echter dat de notaris bij de onderhandeling over de prijs ten opzichte van de tussenpersoon een gelijkwaardige positie inneemt. Alleen dan kan tot een verantwoorde vaste prijs worden gekomen. Hierin schuilt een groot probleem dat deels, maar zeker niet geheel, door de bepaling van artikel 12, lid 1 VBG kan worden ondervangen. Deze bepaling draagt de notaris op ervoor zorg te dragen dat hij *“in financieel opzicht niet afhankelijk wordt van een bepaalde opdrachtgever, tussenpersoon of adviseur”*. Wanneer een dergelijke situatie van afhankelijkheid zich voordoet, is het duidelijk dat de

notaris tegenover de betreffende tussenpersoon geen gelijkwaardige onderhandelingspositie (meer) inneemt. Ook in andere gevallen is het echter goed denkbaar dat een individuele notaris tegenover een grote tussenpersoon een ongelijkwaardige positie inneemt.

Tenslotte rijst in verband met de Intermediaris-zaak de vraag in hoeverre het geoorloofd is dat een notaris een deel van zijn werkzaamheden uitbesteedt aan een tussenpersoon. Het hof merkt met betrekking tot de voorbereidende werkzaamheden van Intermediaris op dat *“dat de notaris uiteraard niet ontslaat van zijn eigen onderzoeksplicht”*. In dit verband is ook artikel 2 VBG van belang:

“Ook indien een opdrachtgever anders zou verlangen, blijft de notaris gehouden de werkzaamheden te verrichten die hij in verband met de opdracht als notaris behoort te verrichten. Dit geldt ook wanneer door derden al werkzaamheden zijn verricht.”

Tot de werkzaamheden die een notaris in ieder geval altijd zelf dient te verrichten, behoort de voorlichting en - als daartoe aanleiding is - de *Belehrung* van de cliënt (artikel 43, lid 1 WNA). Marktinitiatieven mogen en kunnen de eigen verantwoordelijkheid van de notaris niet aantasten.

4. Mededingingsrechtelijke aspecten

In de onderhavige procedure verwijten Intermediaris en de KNB elkaar over en weer schending van het Nederlandse en/of Europese mededingingsrecht. Het hof acht de stelling van de KNB dat Intermediaris het mededingingsrecht schendt onvoldoende onderbouwd en gaat hieraan voorbij. Wat betreft de toetsing aan het mededingingsrecht van het handelen van de KNB leest men in rov. 16:

“Het debat over de mogelijke strijdigheid van het handelen van KNB met het mededingingsrecht is in dit geding onvoldoende uitgediept om te kunnen komen tot een rechterlijk oordeel. Het hof merkt wel op dat het besluit van KNB, zoals vervat in de brief van 8 juli 2004, anders dan KNB kennelijk meent, voorshands aangemerkt dient te worden als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 81 lid 1 EG en dat het handelen van KNB, ook al is zij een open-baar lichaam, niet kan ontsnappen aan de toepassing van het mededingingsrecht (vergelijk het arrest van het Hof van Justitie EG van 19 februari 2002, C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577, NJ 2002, 425)”.

Volgens het hierboven genoemde Wouters-arrest valt niet iedere mededingingsbeperkende regel van een ondernemingsvereniging automatisch onder het verbod van artikel 6 Mw en artikel 81 EG. Kort gezegd komt het erop neer dat een mededingingsbeperkende regel geoorloofd is wanneer deze een publiek belang beoogt te beschermen en de mededingingsbeperkende gevolgen van de regel niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is voor de bescherming van het betreffende belang (vergelijk het Nma-rapport p. 5 en

p. 20-21). De Nma onderwerpt de notariële beroepsen gedragsregels op dit moment aan deze mededingingsrechtelijke toets. Los van dit initiatief van de Nma kan iedere belanghebbende in een civiele procedure tegen de KNB een verklaring voor recht vorderen, inhoudende dat een bepaalde regel uit de VBG - bijvoorbeeld het provisieverbod - in strijd is met artikel 81 EG.

5. De verhouding tussen het civiele recht en het tuchtrecht

Het Hof Den Haag interpreteert in de onderhavige uitspraak als civiele rechter in kort geding het provisieverbod van artikel 12, lid 2 VBG. Op grond van deze interpretatie wordt de KNB veroordeeld tot rectificatie van haar brief van 8 juli 2004. Wat betreft de door Intermediaris gevorderde schadevergoeding over-weegt het Hof dat aannemelijk is dat sprake is van schade wegens gederfde omzet. De vordering tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding wordt echter afgewezen in verband met het ontbreken van een spoedeisend belang. Het is zeer goed denkbaar dat ook de hoogste tuchtrechter (Hof Amsterdam) op enig moment geroepen wordt tot interpretatie van artikel 12, lid 2 VBG. Deze laatste interpretatie in tuchtrechtelijke zin zal voor de praktijk zwaarder wegen dan de interpretatie van de civiele rechter. Vervolgens rijst de vraag wat een eventuele andere (ruimere) interpretatie van het provisieverbod door de tuchtrechter betekent voor de schadevergoedingsvordering van Intermediaris. Kan de KNB gedwongen worden aan

Intermediaris schade te vergoeden voor gederfde omzet, wanneer deze gederfde omzet achteraf blijkt samen te hangen met tuchtrechtelijk laakbaar handelen door notarissen? Deze vraag moet bevestigend beantwoord worden. Het onrechtmatig handelen van de KNB bestaat naar mijn mening hierin dat zij op grond van een bepaling uit de VBG, over de interpretatie waarvan onduidelijkheid bestond, een verbod aan haar notarisleden uitvaardigde dat uitging van een bepaalde (ruime) interpretatie. Het is aannemelijk dat Intermediaris als gevolg hiervan omzet heeft gederfd die zij anders in de 'onzekere periode' (de periode tot aan de uitspraak van de hoogste tuchtrechter) had kunnen genereren. Deze gedachten leiden tot de vaststelling dat het hof zijn vonnis beter anders had kunnen inrichten. In het kader van de gevorderde rectificatie van de brief van de KNB had het hof kunnen volstaan met de marginale toetsing of het marktinitiatief van Intermediaris *mogelijk niet* onder artikel 12, lid 2 VBG valt. Het bestaan van deze mogelijkheid zou voldoende zijn om te concluderen dat de KNB onrechtmatig handelde jegens Intermediaris door de notarisleden een brief te sturen waarin (zonder voorbehoud) wordt gesteld dat het marktinitiatief van Intermediaris in strijd is met artikel 12, lid 2 VBG. Het zou dan aan de KNB zijn om door middel van een klacht (artikel 99, lid 1 WNA) of op grond van artikel 96, lid 2 WNA een tuchtrecht-procedure te initiëren, teneinde duidelijkheid te verkrijgen. Het voordeel van deze benadering is dat voorkomen wordt dat de onwenselijke situatie zich voor zou kunnen doen dat het provisieverbod door twee verschillende rechterlijke instanties (civiele rechter en tuchtrechter) verschillend wordt geïnterpreteerd. Overigens zal de civiele rechter niet altijd kunnen ontkomen aan een volledige toetsing van de beroeps- en gedragsregels. Dit zal zich in het bijzonder voordoen wanneer een verklaring voor recht wordt gevorderd dat een bepaalde regel uit de VBG in strijd is met artikel 81 EG. In het onderhavige geval speelde dat echter niet.

Hof Den Haag 19 januari 2006, NJF 2006, 146

P.C. van Es
